

Parere n. 79 del 05/05/2011

PREC 24/11/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'Impresa Edil Tecno Fer srl – *“Procedura aperta per l'affidamento dei lavori di completamento rete distribuzione Gas Metano nei centri abitati di Galaino e Pergola nel Comune di Marsico Nuovo (PZ)”* – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d'asta: euro 2.066.904,71 – S.A.: Comune di Marsico Nuovo (PZ).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 28 gennaio 2011 è pervenuta l'istanza di parere in oggetto, con la quale l'indicata Impresa rappresenta quanto segue.

Con Bando di gara del 17.9.2010, la S.A. ha indetto la gara per l'affidamento della progettazione ed esecuzione dei lavori in oggetto, alla quale ha partecipato l'Impresa istante.

Ai fini della partecipazione alla gara, il punto 25, lett.b) del Bando prescriveva, tra l'altro, che: *“Qualora il concorrente non sia in possesso della qualificazione per la progettazione potrà associare o individuare uno dei soggetti individuati dall'art.90, comma 1, lettere d), e), f), g), h) del D.lgs. 163/2006. Il possesso dei requisiti per la qualificazione e per la progettazione devono essere posseduti dal professionista o dai professionisti, in qualsiasi forma associati o individuati, a pena di esclusione...”*. A tal fine, la parte I del disciplinare di gara, allorché descrive il contenuto della busta A, al punto 2 espressamente dispone, per quel che ne occupa, che all'interno di detta busta *“devono essere contenuti i seguenti documenti:...nel caso di imprese...carenti di uno o più requisiti progettuali indicati al punto 25 del Bando di Gara che...indichino un progettista: dichiarazione sostitutiva...conformemente all'allegato A/4...”*.

L'istante Impresa, non in possesso dei requisiti per la progettazione, ha individuato singolarmente alcuni progettisti, di cui alcuni soltanto in possesso di tutti i requisiti richiesti ai fini della partecipazione alla gara. Tutti i progettisti indicati hanno rilasciato singolarmente la dichiarazione prescritta sul modello A/4 a dimostrazione del possesso dei requisiti generali di partecipazione.

Nella seduta dell'11.1.2011, la Commissione di gara ha proceduto ad escludere l'impresa istante poiché: *“...dei cinque professionisti individuati singolarmente per la progettazione, quattro di loro non soddisfano i requisiti minimi per tale incarico, così come previsto dall'art.25, lett.b), del bando di gara. Peraltro, non è stata nemmeno dichiarata la volontà di costituire un Raggruppamento temporaneo di Professionisti né, tantomeno, è stata individuata la figura del giovane professionista, così come previsto dall'art.51, comma 5, del DPR 554/1999...”*.

Con l'istanza in epigrafe, viene chiesto un parere sulla legittimità di detta esclusione, facendo rilevare che, nella fattispecie, l'Impresa istante avrebbe pienamente rispettato le prescrizioni del Bando e del Disciplinare della gara, indicando almeno un progettista in possesso di tutti i requisiti prescritti.

L'istruttoria procedimentale è stata formalmente avviata da questa Autorità in data 14 febbraio 2011 e la S.A. si è limitata a trasmettere le dichiarazioni dei cinque professionisti individuati dall'impresa istante, rese conformemente all'allegato A/4 e il verbale n.11 del 23 febbraio 2011, di valutazione della diffida della impresa istante ad essere riammessa alla gara, nel quale la Commissione, valutata nuovamente la documentazione presentata dall'impresa Edil Tecno Fer s.r.l., conferma quanto rilevato in sede di apertura della busta A, e posto a base della disposta esclusione, puntualizzando che *tre* (non più quattro) *dei professionisti* – indicati come “concorrenti” – “non rispettano i requisiti richiesti dal Bando; non è presente la dichiarazione di costituire, in caso di aggiudicazione dell'appalto, un Raggruppamento Temporaneo di Professionisti; non viene individuata la figura del giovane professionista, come previsto dall'art.51, comma 5, del DPR n.554/99, necessaria ai fini della costituzione dell'eventuale Raggruppamento Temporaneo di professionisti; non risulta comprensibile il ruolo di ciascuno dei concorrenti, per quanto concerne le attività di progettazione”.

Ritenuto in diritto

Premesso quanto sopra in fatto, è dato consolidato che l'espressione “*avvalersi di progettisti qualificati*”, contenuta nell'art. 53, comma 3, del Codice dei Contratti pubblici, vada letta come un mero richiamo al ricorso all'opera o alla attività di altro soggetto (da indicarsi nell'offerta da parte dell'Impresa partecipante). Appare chiaro, altresì, dalla lettura della norma, come tale opzione sia alternativa a quell'altra “*partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione*”.

In buona sostanza, gli estensori del Codice hanno, comunque, mantenuto, con la disposizione contenuta nell'art.53, comma 3, la previsione della sufficienza, sempre nella logica delle agevolazioni concesse alle imprese per consentire la massima partecipazione alle gare, della semplice “indicazione” di progettisti qualificati alla cui opera ricorrere, in caso di carenza dei partecipanti dei necessari requisiti, mediante contratto di lavoro autonomo ex art. 2222 c .c., salva naturalmente, in alternativa, la facoltà di associarsi in raggruppamento temporaneo con i suddetti progettisti qualificati.

Si spiega, in tal modo, il mantenimento nel Codice di una disposizione, la cui origine storica si ritrova nell'art. 19, comma 1 *ter* della L. n. 109/94. Se ne deve necessariamente dedurre, cioè, che il legislatore del 2006 abbia inteso recepire la *ratio* di origine comunitaria mirante ad agevolare la partecipazione alle gare, lasciando libere le imprese di scegliere le varie modalità di partecipazione, onde disporre dei requisiti necessari richiesti dai bandi.

Del resto la giurisprudenza, come pure alcune autorevoli pronunce di questa Autorità, danno per pacifica la piena vigenza della disposizione che prevede la possibilità “*di avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta*”, così come recita il più volte ricordato art. 53, comma 3, del Codice, da ciò traendo determinate conseguenze (cfr. Tar Veneto, Venezia, sez. I, 6/11/2009, n. 2741; Tar Basilicata, n. 277/07; Autorità di vigilanza sui contratti, parere n. 54/07; determinazione n. 5/09).

Particolarmente significativo, nella logica del *favor participationis* che si è richiamata, è il parere citato n. 54/07, ove afferma che “*la citata norma consente all'impresa priva di qualificazione per*

la progettazione la più ampia libertà nella individuazione della forma di collaborazione professionale che intende effettuare con il progettista...”, giungendo a dire che “una clausola di bando che impone la costituzione di una associazione temporanea con i soggetti di cui all’art. 90 del D.Lvo n. 163/06 è da considerarsi come non apposta”.

Il principio di libertà di scelta delle forme di collaborazione tra imprese, cui si ispira l’art. 53, è di provenienza direttamente comunitaria, e non può, quindi, ragionevolmente essere contestato in questa sua concreta applicazione.

La citata norma consente, invero, all’impresa priva dei requisiti di qualificazione per la progettazione, la più ampia libertà nell’individuazione della forma di collaborazione professionale che intende effettuare con il progettista. Al riguardo, si fa presente che i progettisti non assumono la qualità di “concorrenti”, né quella di titolari del rapporto contrattuale con l’Amministrazione in caso di eventuale aggiudicazione.

Nella fattispecie all’esame, è vero sì che dei professionisti individuati solo uno è in possesso dei requisiti prescritti per la progettazione, tuttavia va evidenziato che il Bando ed il Disciplinare prevedono espressamente la possibilità di “indicare” (anche) un solo progettista che sia in possesso dei requisiti, tenuto a rilasciare la dichiarazione conformemente al modello A/4 allegato al disciplinare.

Risulta evidente, inoltre, l’equivoco insito nella motivazione di esclusione dalla gara dell’impresa istante, laddove la S.A. ritiene che l’Impresa medesima intendesse costituire o associarsi ad un costituendo raggruppamento temporaneo di professionisti. Quest’ultimo, d’altronde, si giustifica nell’ipotesi che occorra – diversamente dal caso in esame – sopperire alla mancanza di tutti i requisiti in capo ad un unico professionista.

Da tali considerazioni, deriva, quindi, che l’assenza della dichiarazione di voler costituire il raggruppamento suddetto non può far scaturire l’esclusione dalla gara dell’impresa istante, né tantomeno, l’obbligo, per quest’ultima, dell’indicazione della figura del “giovane professionista”, ai sensi dell’art.51, comma 5, del DPR n.554/1999.

Va da sé, però, che pur non costituendo motivo di esclusione l’assenza della dichiarazione appena richiamata e l’indicazione di più soggetti, di cui uno solo in possesso dei requisiti prescritti per la progettazione, in sede di stipula del contratto conseguente ad un eventuale provvedimento di aggiudicazione, l’unico professionista legittimato a figurare come soggetto di cui l’impresa si avvale per la progettazione, deve essere, esclusivamente, il progettista qualificato.

In conclusione, quindi, in base al principio della tassatività delle cause di esclusione, le quali devono risultare chiaramente dal bando, e al principio del *favor participationis*, che impone alle stazioni appaltanti di consentire la massima adesione alle procedure ad evidenza pubblica, si deve ritenere non conforme alla normativa di settore la disposta esclusione dell’Impresa istante.

In base a tutto quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l’esclusione dell’Impresa istante non sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 maggio 2011

Il Segretario: Maria Esposito